

Sygn. akt: KIO 1874/14

## WYROK

z dnia 24 września 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Szafraniec**

Protokolant: **Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2014 r. przez wykonawcę: **Casp System sp. z o.o. w Jaworznie (43-603), ul. Puszkina 2** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wydział Mechaniczny Energetyki i Lotnictwa, Politechnikę Warszawską w Warszawie (00-665), ul. Nowowiejska 24**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Casp System sp. z o.o. w Jaworznie** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Casp System sp. z o.o. w Jaworznie** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy: **Casp System sp. z o.o. w Jaworznie** na rzecz zamawiającego: **Politechniki Warszawskiej w Warszawie, Wydziału Mechanicznego Energetyki i Lotnictwa** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) obejmującą koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Sprzedaż i dostawa zestawu do laserowej diagnostyki procesów spalania w związku z realizacją projektu «Modernizacja i budowa nowej infrastruktury naukowo badawczej Wojskowej Akademii Technicznej i Politechniki Warszawskiej na potrzeby wspólnych numeryczno doświadczalnych badań lotniczych silników turbinowych» Nr POIG.02.02.00- 14-022/09 dla Instytutu Techniki Lotniczej i Mechaniki Stosowanej Wydziału Mechanicznego Energetyki i Lotnictwa Politechniki Warszawskiej” zostało wszczęte przez Wydział Mechaniczny Energetyki i Lotnictwa, Politechnikę Warszawską w Warszawie, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2014/S 107-188004)) w dniu 5 czerwca 2014 r.

W dniu 12 września 2014 r. odwołanie wniósł wykonawca: Casp System sp. z o.o. w Jaworznie, zwany dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: Eurotek International sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Eurotek, a w konsekwencji wobec uznaniu oferty złożonej przez tegoż wykonawcę za najkorzystniejszą. Odwołujący stał na stanowisku, iż treść powołanej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), a zaniechanie przez Zamawiającego jej odrzucenia doprowadziło do naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2) oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej..

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a w szczególności nie było podstaw do uznania, że odwołanie dotyczy czynności, którą Zamawiający, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, wykonał zgodnie z żądaniem zawartym

w odwołaniu, o co wnosił Zamawiający. Faktem jest, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego Eurotek wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty (sprawa KIO 1572/14), a Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu. Niemniej jednak brak podstaw, aby uznać, że Odwołujący w rozpoznawanym odwołaniu kwestionuje czynność wykonaną zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, a tym samym przyjęcie, że odwołanie to podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący ostrze swych zarzutów nie skierował bowiem wobec czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 22 lipca 2014 r., czy też wobec samego powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Stał on na stanowisku, iż Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Eurotek, wskazując przy tym na okoliczności faktyczne odmienne od tych, na które wskazał Zamawiający w piśmie z dnia 22 lipca 2014 r. Mając to na uwadze, Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego i potwierdzoną za zgodność z oryginałem, tak w rozpoznawanej sprawie, jak i w sprawie KIO 1572/14.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że w pkt 13.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający wskazał, że wykonawcy pozostaną związani ofertą przez okres 60 dni od daty składnia ofert, tymczasem w formularzu oferty (załączniku nr 1 do SIWZ – wg pkt 14.1.4).a) SIWZ oferta powinna być złożona Zamawiającemu zgodnie z wzorem m.in. tego formularza) w pkt 7 zawarte zostało wskazanie na okres 30 dni, jako na właściwy termin związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami.

Zgodnie z pkt 9.1.c) SIWZ Zamawiający oczekiwał przedstawienia mu wraz z ofertą szczegółowej kalkulacji ceny, której formularz stanowił załącznik nr 2 do SIWZ.

W załączniku nr 9 do SIWZ zawarty został Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (SOPZ).

Termin składania ofert upłynął w dniu 17 lipca 2014 r. Przed jego upływem dwóch wykonawców, w tym Odwołujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Pismem z dnia 3 września 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w prowadzonym przez niego postępowaniu o udzielenie zamówienia o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Eurotek.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie. Zarzucał Zamawiającemu zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Eurotek, twierdząc iż zasadnym było przyjęcie, że treść tejże oferty nie odpowiada treści SIWZ. Przemawiało za tym, w ocenie Odwołującego, szereg okoliczności. W pierwszej kolejności podnosił on fakt wskazania w ofercie Eurotek na okres 30 dni, jako na ten, w którym wykonawca ten był związany złożoną przez niego ofertą. Zdaniem Odwołującego winien on zobowiązać się na dni 60. Twierdził on również, że za odrzuceniem oferty złożonej przez Eurotek przemawiał również sposób sporządzenia przez tegoż wykonawcę kalkulacji ceny ofertowej z wykorzystaniem załącznika nr 2 do SIWZ. Niezależnie od powyższego twierdził on, iż treść przedstawionego przez Eurotek załącznika nr 17 do oferty zawierającego opis oferowanych Zamawiającemu urządzeń, w zakresie przywołanych przez niego w uzasadnieniu odwołania zapisów, była sprzeczna z treścią SOPZ.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranym w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

W odniesieniu do twierdzeń Odwołującego w zakresie nieprawidłowego określenia przez Eurotek terminu związania go złożoną Zamawiającemu ofertą, Izba uznała, że w świetle istniejącej w SIWZ wewnętrznej sprzeczności (SIWZ wskazywało na 60 dni, formularz oferty na dni 30), a także wobec faktu, iż art. 85 ust. 1 ustawy Pzp określa maksymalne terminy związania ofertą, które wyznaczyć może zamawiający (możliwym jest w zgodzie z powołanym przepisem określenie terminu krótszego niż maksymalny – użyto tam wyrażenia „nie dłużej niż”), możliwym było w rozpoznawanej sprawie przyjęcie, że właściwym terminem związania ofertą, który wykonawcy zobowiązani byli zadeklarować w ofercie, był okres dni 30. W tym kontekście podkreślenia wymaga fakt, iż Izba orzeka

jedynie w granicach zarzutów w odwołaniu zawartych, nie może zatem swym rozpoznaniem objąć tych aspektów sprawy, do których nie odnoszą się twierdzenia sformułowane przez odwołującego w treści wniesionego przez niego odwołania. W tym przypadku Odwołujący twierdził jedynie, iż SIWZ wymagała zapewnienia w ofercie złożonej Zamawiającemu 60-dniowego terminu związania ofertą, stąd też rozstrzygnięcie przez Izbę, iż w świetle sprzecznych ze sobą postanowień SIWZ, a tym samym dopuszczeniu określenia 30-dniowego terminu związania ofertą, Izba uznała tak sformułowany zarzut za niezastępujący na uznanie.

Co do szczegółowej kalkulacji ceny złożonej przez Eurotek – wykonawca ten zamknął cały oferowany przez siebie asortyment w jednej pozycji (zawierając przy tym odniesienie do treści załącznika nr 17 do oferty, gdzie dookreślił oferowaną przez siebie dostawę) i dla takiej określił jedną wspólną cenę – Izba uznała, że Odwołujący nie wskazał zapisów SIWZ, z których wynikałoby, że Zamawiający określił jakikolwiek inny cel przedstawienia mu powołanej kalkulacji, aniżeli tylko informacyjny, a wymóg jest złożenia byłby czymś więcej niż tylko wymogiem formalnym, do którego spełnienia Zamawiający nie przywiązywał większej wagi. Nie wskazał w szczególności Odwołujący, aby wycena zawarta w tejże kalkulacji miałaby mieć jakikolwiek wpływ na zobowiązanie wykonawcy, który ją składał, czy też, aby oddziaływać ona miała na etap rozliczeń z wykonawcą, z którym Zamawiający podpisze umowę w sprawie zamówienia. Stąd Izba nie znalazła podstaw, aby przyjąć, że uznanie przez Zamawiającego przedstawionej mu przez Eurotek kalkulacji za wystarczającą miało stanowić naruszenie przepisów ustawy Pzp.

W odniesieniu do treści załącznika nr 17 do oferty złożonej przez Eurotek, Odwołujący w pierwszej kolejności podnosił, iż w jego ocenie Eurotek nie dookreślił urządzeń oferowanych Zamawiającemu w stopniu wystarczającym na ich identyfikację – jego zdaniem wykonawca ten wskazał jedynie na grupy produktów. Odwołujący nie wskazał jednak przy tym postanowień SIWZ, z których wynikałby nałożony na wykonawców obowiązek szczegółowego dookreślenia oferowanego Zamawiającemu asortymentu, a tym samym aby były w SIWZ określone konsekwencje niedostatecznej identyfikacji oferowanych urządzeń. W tym kontekście zauważyć należy, iż zgodnie z § 3 ust. 3 projektu umowy (załącznik nr 8 do SIWZ) dopiero przed przystąpieniem do odbioru wykonawca przekazuje Zamawiającemu szczegółową specyfikację składowych elementów sprzętu. Mając to na uwadze zarzut tak sformułowany Izba uznała za niezastępujący na uznanie.

W odniesieniu do wzmacniacza obrazu kamery Odwołujący przytoczył szereg zapisów pochodzących z SOPZ, a następnie zawarł następujące twierdzenie: *„Tymczasem potwierdzona przez Eurotek International sp. z o.o. wartość dla parametru nie może być*

w żaden sposób przeliczona lub porównana z wymaganą wartością”. Tak sformułowane twierdzenie nie mogło zostać przez Izbę zweryfikowane – Odwołujący nie określił bowiem do jakiej to wartości i jaki parametr opisującej odnosił on swą wypowiedź. Tymczasem Izba, ażeby móc stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, musi wiedzieć, które zapisy oferty są zdaniem Odwołującego niezgodne z wskazanymi przez niego zapisami SIWZ. Z uwagi na niesprecyzowanie przez Odwołującego zarzutu w stopniu wystarczającym dla jego należytej oceny, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia w tym zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Co do obiektywu UV z filtrami do LIF Odwołujący twierdził, iż w oferowanym przez Eurotek rozwiązaniu wartość parametru „światłosila” nie została spełniona. W ocenie Odwołującego z treści SIWZ wynikało, że koniecznym było zapewnienie regulacji przesłony w obiektywie, tymczasem Eurotek w załączniku nr 17 do oferty wskazał jedną wartość jako charakteryzującą oferowane przez niego urządzenie. Odwołujący podnosił przy tym, iż wyznacznikiem dla niego pozwalającym ustalić należycie oczekiwania Zamawiającego co do parametrów zamawianego obiektywu było wskazanie w pkt 8 SOPZ przykładowego obiektywu spełniającego wymagania określone w tym punkcie.

Zamawiający w odpowiedzi na tak sformułowany zarzut podnosił, iż nie tylko parametr „światłosila” opisany został poprzez określenie wartości granicznych („ $f: 2.8 - 8''$ ”). W tym kontekście wskazał na parametr „ogniskowa” („ $90\text{ mm} - 120\text{ mm}$ ”). Twierdził przy tym, iż spełniającymi tak opisane wymagania były obiektywy, które charakteryzują się właściwościami opisanymi jakąkolwiek wielkością mieszczącą się w podanym w SIWZ zakresie – innymi słowy, twierdził on, iż nie było konieczne, aby zapewniony został pełen zakres określony w SIWZ w przypadku tych parametrów, wystarczającym było bowiem podanie jednej wielkości mieszczącej w tym zakresie.

W kontekście tej wypowiedzi, Odwołujący przyznał, iż wskazany w pkt 8 SOPZ przykładowy obiektyw parametr „ogniskowa” ustalony ma w jednej wartości, natomiast w przypadku parametru „światłosila” zapewnia on regulację w podanym w SIWZ zakresie wielkości.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż Odwołujący nie udowodnił, że formułowany przez niego zarzut zasługuje na uznanie, a zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp to na nim ciążył obowiązek przedstawienia Izbie odpowiednich dowodów. Nie przedstawił on w szczególności charakterystyki przykładowego obiektywu przywołanego w pkt 8 SOPZ, która potwierdzać miałyby zasadność jego twierdzeń. W świetle faktu, iż analogiczny zapis odnoszący się do parametru „ogniskowa” pozwalał przyjąć, że właściwym było podanie jednej tylko wielkości jako spełniającej wymagania Zamawiającego, Izba uznała,

iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego wykazane, aby takie samo sformułowanie wymagania w odniesieniu do parametru „światłosila” nie pozwalało na przyjęcie takiego samego założenia. Mając na uwadze, że Izba orzeka na podstawie dowodów jej przedstawionych, koniecznym było uznanie, że nie zostały w toku postępowania odwoławczego przedstawione dowody, które pozwalałyby uznać podnoszony przez Odwoływającego zarzut za zasadny.

Co do modułu Rayleigh i Raman Odwoływający twierdził, iż firma Dantec (której rozwiązanie zaoferował Eurotek) *„nie oferuje oprogramowania do pomiarów Raman – w karcie katalogowej oprogramowania DynamicStudio nie występuje taki model oprogramowania”*. Wyjaśnił przy tym, iż fakt ten możliwy jest do zweryfikowania na stronach internetowych producenta, przy czym podał trzy adresy stron internetowych. Podobnie w odniesieniu do lasera pompującego Nd:YAG Odwoływający twierdził, że z kart katalogowych firmy, której rozwiązanie zaoferował Eurotek, wynika iż *„laser YAG981E ma rozbieżność wiązki DIVERGENCE  $\leq 0,5$  mrad, a nie  $< 0,5$  mrad, jak podano w tabeli w załączniku nr 17 do oferty Eurotek”*. Zaznaczył przy tym, iż Zamawiający w SOPZ wymagał, aby rozbieżność wiązki była mniejsza niż 0,5 mrad.

Tak postawione zarzuty Izba uznała za nieudowodnione. Jak to już wskazano, ciężar udowodnienia formułowanych przez siebie twierdzeń spoczywał w rozpoznawanej sprawie na Odwoływającym. To on winien przedstawić dowody potwierdzające fakty, z których wywodził on pozytywne dla siebie skutki prawne. Nie może być uznane za wystarczające dla uwzględnienia zarzutu samo tylko stwierdzenie, iż zarzut oparty został o wiedzę zaczerpniętą z katalogów producenta. Koniecznym było przedstawienie tych katalogów Izbie, a tego Odwoływający nie uczynił. Dlatego też Izba uznała, że nie udowodnił on stawianych przez siebie zarzutów.

Kierując się tak poczynionymi ustaleniami, Izba uznała, iż nie zostało w toku postępowania odwoławczego, w granicach podnoszonych zarzutów, wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności



pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika.

**Przewodniczący:** .....